

## 대 법 원

### 판 결

사 건	2005도9858	가. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 나. 공문서위조 다. 위조공문서행사 라. 허위감정 마. 배임수재
피 고 인	피고인 1 외 5인	
상 고 인	피고인들	
변 호 인	공익법무관 허재혁, 정관영(피고인 5를 위하여) 변호사 송희섭(피고인 6을 위하여) 법무법인 에이스 담당변호사 민경도, 고은아, 이근창(피고인 3을 위하여) 변호사(국선) 김순(피고인 1, 2, 4를 위하여)	
원 심 판 결	서울고등법원 2005. 11. 29. 선고 2005노1909, 2105(병합) 판결	
판 결 선 고	2006. 4. 7.	

### 주 문

상고를 모두 기각한다.

상고 후의 구금일수 중 108일씩을 피고인들의 각 본형에 산입한다.

### 이 유

상고이유(기간 경과 후에 제출된 피고인 3 변호인의 상고이유보충서와 피고인 4의 2006. 2. 17.자 상고이유서는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

#### 1. 피고인 3의 상고이유에 대한 판단

가. 소송사기의 성립요건과 기수시기에 관한 상고이유에 대하여

법원을 기망하여 자기에게 유리한 판결을 얻고 그 판결 확정에 의하여 타인의 협력 없이 자신의 의사만으로 재물이나 재산상 이익을 얻을 수 있는 지위를 취득하게 되면, 그 지위는 재산적 가치가 있는 구체적 이익으로서 사기죄의 객체인 재산상 이익에 해당하므로, 사기죄가 성립된다.

피고인 또는 그와 공모한 자가 자신이 토지의 소유자라고 허위의 주장을 하면서 소유권보존등기 명의자를 상대로 보존등기의 말소를 구하는 소송을 제기한 경우 그 소송에서 위 토지가 피고인 또는 그와 공모한 자의 소유임을 인정하여 보존등기 말소를 명하는 내용의 승소확정판결을 받는다면, 이에 더 잡아 언제든지 단독으로 상대방의 소유권보존등기를 말소시킨 후 위 판결을 부동산등기법 제130조 제2호 소정의 소유권을 증명하는 판결로 하여 자기 앞으로의 소유권보존등기를 신청하여 그 등기를 마칠 수 있게 되므로, 이는 법원을 기망하여 유리한 판결을 얻음으로써 '대상 토지의 소유권에 대한 방해를 제거하고 그 소유명의를 얻을 수 있는 지위'라는 재산상 이익을 취득한 것이고, 그 경우 기수 시기는 위 판결이 확정된 때이다.

이와는 달리, 소유권보존등기 명의자를 상대로 그 보존등기의 말소를 구하는 소송을 제기한 경우, 설령 승소한다고 하더라도 상대방의 소유권보존등기가 말소될 뿐이고 이로써 원고가 당해 부동산에 대하여 어떠한 권리를 회복 또는 취득하거나 의무를 면하는 것은 아니므로 법원을 기망하여 재물이나 재산상 이익을 편취한 것이라고 볼 수 없

다는 취지로 판시한 대법원 1983. 10. 25. 선고 83도1566 판결과 같은 취지의 판결들은 위 법리에 저촉되는 범위 내에서 이를 변경하기로 한다.

같은 취지에서 피고인 3의 판시 소송사기로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(사기)죄를 유죄로 인정한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 소송사기의 성립요건 및 기수시기에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

나. 누범가중의 요건 및 실행의 착수시기에 관한 상고이유에 대하여

형법 제35조 소정의 누범이 되려면 금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 다시 금고 이상에 해당하는 죄를 범하여야 하는바, 이 경우 다시 금고 이상에 해당하는 죄를 범하였는지 여부는 그 범죄의 실행행위를 하였는지 여부를 기준으로 결정하여야 한다. 따라서 3년의 기간 내에 실행의 착수가 있으면 족하고, 그 기간 내에 기수에까지 이르러야 되는 것은 아니다.

같은 취지에서 피고인 3의 판시 소송사기로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(사기)죄에 대하여 누범 기간 내에 실행의 착수가 있다는 이유로 누범가중을 한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 누범가중의 요건에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

또한 법률사무의 수입에 관하여 당사자를 특정 변호사에게 소개한 후 그 대가로 금품을 수수하면 변호사법 제109조 제2호, 제34조 제1항을 위반하는 죄가 성립하는바, 그 경우 소개의 대가로 금품을 받을 고의를 가지고 변호사에게 소개를 하면 실행행위의 착수가 있다고 할 것이다.

원심이 적법하게 채택한 증거에 의하면, 피고인 3은 공문서위조죄 등으로 징역 10월을 선고받아 2000. 6. 23. 그 형의 집행을 종료한 자로서, 판시 소유권보존등기말소 소송의

수임에 관하여 2002년 7월 초순경 그 원고인 피고인 2를 변호사인 원심 공동피고인 (이름 생략)에게 소개하고 2004. 7. 15. 그 대가의 일부로 1억1천만원을 지급받았으며, 위 소개 당시 이미 피고인 3과 (이름 생략) 사이에 소개의 대가로 금품을 지급받기로 하는 묵시적 약정이 있었던 사실을 인정할 수 있으므로, 피고인 3은 누범기간 내인 2002년 7월 초순경 판시 변호사법위반죄의 실행에 착수하였다고 할 것이다. 실행의 착수시기를 이와 달리 인정한 원심의 판단은 잘못이지만, 결과적으로 누범 기간 내에 실행의 착수가 있다는 이유로 판시 변호사법위반죄에 대하여 누범가중을 한 원심의 결론은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 판결 결과에 영향을 미친 법리 오해 등의 위법이 없다.

## 2. 피고인 6의 상고이유에 대한 판단

### 가. 각 배임수재죄의 성립 여부에 관한 상고이유에 대하여

원심이 채택한 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 피고인 6의 판시 각 배임수재죄 범죄사실을 유죄로 인정한 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙 위반이나 배임수재죄에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

### 나. 각 허위감정죄의 성립 여부에 관한 상고이유에 대하여

원심은, 이 사건 문서 감정의 경우 법원에서 지정된 감정인인 공소외 1이 그 자신의 전문적인 능력으로 실질적인 감정을 하고 그 결과를 법원에 제출하는 것이 감정의 본질적인 부분이라고 전제한 후, 그 채택 증거에 의하여 감정인 공소외 1은 실질적인 감정을 한 적이 없어 그 감정서에 기재된 감정결과가 옳은지 여부를 알지 못함에도 불구하고, 피고인 6은 ‘공소외 1이 감정을 하였다’는 허위 내용의 감정서를 작성하여 공소외 1 명의로 법원에 제출한 사실이 인정된다는 이유로 판시 각 허위감정죄를 유죄로

인정하였다.

원심이 채택한 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 조치는 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙 위반 등의 위법이 없다.

다. 추정에 관한 상고이유에 대하여

몰수대상이 되는지 여부나 추정액의 인정 등 몰수·추정의 사유는 범죄구성요건 사실에 관한 것이 아니어서 엄격한 증명은 필요 없지만 역시 증거에 의하여 인정되어야 할 것임은 당연하다.

원심은 피고인 6이 2004년 9월 초순경 피고인 1로부터 1,300만원을 수수한 점에 관한 배임수재 범죄사실을 유죄로 인정하면서, 그 취득한 금원을 몰수할 수 없는 경우에 해당한다고 보아 동액 상당을 추정하였다.

위에서 본 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 조치는 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙 위반이나 추정에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

### 3. 나머지 피고인들의 상고이유에 대한 판단

가. 피고인 2, 5의 채증법칙 위반 등의 주장에 대하여

원심은 제1심이 적법하게 채택한 증거들에 의하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고인 2는 이 사건 (지명 생략) 임야에 관한 소송제기 준비 단계부터 피고인 1, 3 등과 직접 또는 순차 공모하여 (지명 생략) 임야와 관련된 판시 각 범죄사실 기재 범행 전반에 공범으로서 가담하였고, 피고인 5는 피고인 1, 2, 공소외 2 등과 직접 또는 순차 공모하여 판시 각 범죄사실 기재 범행 전반에 공범으로서 가담하였다는 이유로, 피고인 2와 피고인 5에 대한 판시 각 범죄사실을 모두 유죄로 판단하였다. 원심판결과

원심이 유지한 제1심판결 이유에 명시된 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 피고인의 재판을 받을 권리를 침해하거나 채증법칙 위반 등의 위법이 없다.

나. 피고인 4의 채증법칙 위반 등의 주장에 대하여

원심이 유지한 제1심판결 이유에 명시된 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 피고인 4가 판시 각 범죄사실에 가담 또는 공모한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 그 범죄사실을 모두 유죄로 인정한 제1심판결을 유지한 원심의 조치는 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙 위반 등의 위법이 없다.

다. 피고인 1, 2, 4, 5의 양형부당 주장에 대하여

피고인들에 대하여 10년 미만의 징역형이 선고된 이 사건에 있어서, 원심의 형의 양정이 너무 무거워 부당하다는 주장은 적법한 상고이유가 될 수 없다.

#### 4. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하고 상고 후의 구금일수 중 108일씩을 피고인들의 각 본형에 산입하기로 하여 주문과 같이 판결하는바, 이 판결에 대하여는 제1.의가.항 부분의 판단에 대하여 대법관 김황식의 반대의견이 있는 외에는 관여 대법관들의 의견이 일치되었다.

#### 5. 대법관 김황식의 반대의견은 다음과 같다.

가. 다수의견은, 피고인 또는 그와 공모한 자가 자신이 토지의 소유자라고 허위의 주장을 하면서 소유권보존등기 명의자를 상대로 보존등기의 말소를 구하는 소송을 제기한 경우 그 소송에서 위 토지가 피고인 또는 그와 공모한 자의 소유임을 확정하는 내용으로 승소확정판결을 받는다면 이에 터 잡아 상대방의 소유권보존등기를 말소시킨

후 위 판결을 부동산등기법 제130조 제2호 소정의 소유권을 증명하는 판결로 하여 언제든지 단독으로 자기 앞으로의 소유권보존등기를 신청하여 그 등기를 마칠 수 있게 되므로 이는 법원을 기망하여 유리한 판결을 얻음으로써 '위 토지 소유권에 대한 방해'를 제거하고 그 소유 명의를 얻을 수 있는 지위'라는 재산상 이익을 취득한 것이고, 그 경우 기수 시기는 위 판결이 확정된 때라고 보고 있으나, 그러한 다수의견에는 다음과 같은 이유로 찬성할 수 없다.

나. 이른바 소송사기에는 ① 확정판결의 효력 그 자체에 의하여 재산상 이익을 취득하는 경우(채무부존재확인판결 등)가 있는가 하면, ② 확정판결 그 자체로는 재물을 취득하는 것은 아니지만, 그 판결에 기하여 피해자의 임의이행이 정당화되거나 임의이행과 동일시할 수 있는 집행을 할 수 있는 권원을 취득하고, 그에 기하여 임의이행 혹은 그에 갈음하는 집행을 하여야 비로소 재물을 취득하는 경우가 있을 수 있다.

후자의 경우에 승소 확정판결 자체에 의하여 취득하는 것은 판결의 기판력, 집행력 및 형성력 등 판결의 효력에 의하여 뒷받침되는 재물 혹은 재산상 이익 취득의 개연성이라고 볼 수밖에 없고, 이와 같은 개연성이 "재산상 이익"으로 평가되고 판결 자체가 피해자의 처분행위와 동일시될 수 있는 이유는 바로 재물 혹은 재산상 이익 취득의 개연성이 판결이 갖는 자체의 효력, 즉 기판력, 집행력 및 형성력 등에 의하여 뒷받침되기 때문인 것으로 보아야 할 것이다.

다. 이렇게 볼 때, 금전의 지급을 명하거나 소유권이전등기를 명하는 승소 확정판결은, 그 기판력 및 집행력이 미치는 주문의 내용에 비추어 볼 때 판결의 확정 자체에 의하여 앞서 본 재물 혹은 재산상 이익 취득의 개연성이 발생하며, 따라서 그 자체를 피해자의 처분행위와 동일시 할 여지는 있겠으나, 소유권보존등기의 말소를 명하는 확

정판결은 그 자체의 효력에 의해서는 등기명의인의 보존등기가 말소될 뿐이고 이로써 피고인 또는 그 공모자가 부동산에 대하여 어떠한 권리를 취득하거나 의무를 면하는 것이 아니어서 그 자체만으로는 법원을 기망하여 재물이나 재산상 이익을 편취한 것이라고 볼 수 없다고 보아야 할 것이다.

즉, 소유권보존등기의 말소를 명한 승소확정판결문에 의하여 소유권보존등기를 말소한 뒤 별도의 등기신청절차를 통하여 그 판결문을 부동산등기법 제130조 제2호 소정의 서류로 삼아 소유권보존등기를 신청할 수 있으나, 이는 앞서 본 확정판결 자체의 효력이 미치는 범위와는 무관한 것이고, 그렇기에 보존등기가 말소되어 등기부가 폐쇄된 상태에 이르면 다른 사람도 부동산등기법 제130조 각호 소정의 서류를 갖추어 그 판결과는 관계없이 얼마든지 소유권보존등기를 할 수 있는 것이다.

소유권보존등기 말소확정판결을 얻은 자의 지위가 위와 같을진대, 이러한 지위를 들어 사기죄의 객체인 재산상 이익을 취득한 것이라고는 볼 수는 없다.

라. 다수의견의 논지에 따르자면, 애초에는 자기 명의의 소유권보존등기를 경료함으로써 재물인 부동산을 편취할 범의가 있었으나, 상대방 소유권보존등기 말소를 명하는 승소확정판결을 얻은 후 범행이 발각되는 등의 사정으로 더 이상의 범행이 불가능해진 경우는 물론, 피고인 스스로 더 이상의 범행을 포기하고 결과의 발생을 방지한 경우에도 현실적으로 소유권보존등기를 경료한 것과 마찬가지로 미수가 아닌 기수로 의율할 수밖에 없게 되어 이는 부당하며, 더구나 재물 또는 재산상 이익의 가액에 따른 특정 경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률의 적용에 있어서는 부동산을 실제로 취득함이 없이도 기수로서 가중 처단할 수밖에 없게 되는바, 이 점 역시 가혹하다고 아니할 수 없다.

마. 다만, 부동산을 편취하기 위해 허위소송을 제기하여 소유권보존등기의 말소를 명



하는 확정판결을 얻어낸 경우 그 자체만으로는 피해자의 처분행위에 갈음하는 내용이나 효력을 갖추어 사기죄의 객체인 재산상 이익을 취득하였다고 평가할 수는 없지만, 재물인 부동산을 편취하는 일련의 과정에서 하나의 장애물을 제거하는 것으로는 평가할 수 있어 그 확정판결에 의하여 비로소 피고인 명의의 소유권보존등기가 가능하게 된다고 볼 것인바, 그 확정판결이 선고되는 과정에 피고인의 기망행위가 존재하는 이상, 실행의 착수시점은 소송을 제기한 시점이라고 봄이 상당하다.

따라서, 소유권보존등기 말소 소송을 제기한 경우에는 피고인의 범의가 재물인 부동산의 취득에 있는지 여부와 무관하게, 실행의 착수조차 없다고 본 판결(대법원 1983. 10. 25. 선고 83도1566 판결) 등의 견해는 이와 저촉되는 범위 내에서 이를 변경하여야 한다고 본다.

바. 그렇다면 피고인 3에 대한 공소사실 중 소송사기의 점은 사기미수죄에 해당한다고 볼 것임에도, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(사기)죄의 기수로 처단한 원심의 판단에는, 사기죄의 성립요건에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이를 지적하는 위 피고인의 상고이유의 주장은 이유 있다고 보아야 할 것이어서, 원심판결은 파기되어야 하는 것이다.

재판장      대법원장      이용훈 \_\_\_\_\_

주 심      대법관      강신욱 \_\_\_\_\_

대법관 이규홍 해외출장으로 서명날인 불능

재판장  
대법원장 \_\_\_\_\_

대법관 이강국 \_\_\_\_\_

대법관 손지열 \_\_\_\_\_

대법관 박재운 \_\_\_\_\_

대법관 고현철 \_\_\_\_\_

대법관 김용담 \_\_\_\_\_

대법관 김영란 \_\_\_\_\_

대법관 양승태 \_\_\_\_\_

대법관 김황식 \_\_\_\_\_

대법관 박시환 \_\_\_\_\_

대법관 김지형 \_\_\_\_\_